

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

113年度上訴字第877號

113年度上訴字第878號

上訴人

即被告 鄭達宸

選任辯護人 呂學佳律師

上列上訴人即被告因兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高雄地方法院113年度訴字第83號、113年度訴字第277號，中華民國113年8月15日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署111年度偵字第24872號、112年度偵字第13037號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

甲○○犯意圖營利引誘使少年被拍攝性交行為電子訊號罪，處有期徒刑貳年。又犯拍攝少年之性影像罪，處有期徒刑柒月。應執行有期徒刑貳年參月。

扣案如附表編號1、2-1、4所示之物，均沒收之。未扣案之犯罪所得新臺幣貳仟參佰元，沒收之，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

事 實

一、甲○○自稱「達叔」於民國111年4月9日，使用所有扣案如附表編號4所示之行動電話，透過臉書社群網站，與當時12歲以上未滿18歲代號AV000-A111276（00年0月生，姓名年籍詳卷，下稱A女）之女子聯絡時，先基於意圖營利拍攝少年性影像、散布少年為猥褻行為之電子訊號之犯意，與A女相約拍攝「戀足」主題之照片，且約定將該照片放置付費平台後對分獲利。嗣甲○○於111年5月1日14時30分許，騎乘車牌號碼000-000號普通重型機車，在高雄市信義國小捷運站

01 將A女接上車，載往其高雄市○○區○○路000巷00號3樓租
02 屋處內，由其使用所有扣案如附表編號2-1所示之數位相機
03 （含記憶卡1張），接續拍攝A女穿著裸露服裝之猥褻照片
04 後，甲○○竟將原先之意圖營利拍攝少年性影像犯意，提升
05 為意圖營利引誘使少年被拍攝性交、猥褻行為之電子訊號犯
06 意，向A女稱：如拍攝更大尺度裸露照片，可以賣得更好之
07 價錢等語，而引誘A女同意由其接續拍攝A女以足部磨蹭其生
08 殖器，及雙方性器接合之性交、猥褻照片及影片。之後甲○
09 ○於111年8月30日前某時，使用所有扣案如附表編號1所示
10 之電腦設備，將其拍攝之A女部分猥褻照片上傳散布至「LIM
11 ER」、「Furuke」等平台，供不特定買家付費下載觀看，嗣
12 與A女平分後，獲利新臺幣（下同）2,300元。

13 二、甲○○於111年4月30日前，使用所有扣案如附表編號4所示
14 之行動電話，透過臉書社群網站，與當時12歲以上未滿18歲
15 代號AV000-A112013（00年0月生，姓名年籍詳卷，下稱甲
16 女）之少女聯絡時，基於拍攝少年性影像之犯意，與甲女相
17 約拍攝穿著情趣衣之照片，嗣於111年4月30日下午某時，甲
18 女依約前往甲○○上開租屋處，由其使用所有扣案如附表編
19 號2-1所示之相機（含記憶卡1張），接續拍攝甲女身著裸露
20 服裝之猥褻照片後，甲○○復經甲女同意，接續拍攝借位性
21 交、甲女裸露下體、甲女以手摩擦甲○○生殖器、甲女口
22 交、甲○○擺拍口交、雙方性器摩擦之性影像。111年8月30
23 日上午10時，經警至甲○○上開租屋處實施搜索，扣得甲○
24 ○所有如附表編號1、2-1、4所示之物。

25 三、案經A女、甲女訴由高雄市政府警察局林園分局報告臺灣高
26 雄地方檢察署檢察官偵查起訴。

27 理 由

28 一、證據能力：

29 被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條
30 之1至之4等4條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證
31 據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適

01 當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證
02 據時，知有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情形，而
03 未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法
04 第159條之5定有明文。立法意旨在於傳聞證據未經當事人之
05 反對詰問予以核實，原則上先予排除；惟若當事人已放棄反
06 對詰問權，於審判程序中表明同意該等傳聞證據可作為證
07 據；或於言詞辯論終結前未聲明異議，基於尊重當事人對傳
08 聞證據之處分權，及證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之
09 理念，且強化言詞辯論主義，使訴訟程序得以順暢進行，上
10 開傳聞證據亦均具有證據能力。查本案判決所引用具傳聞性
11 質之各項證據資料，因被告甲○○、辯護人及檢察官均同意
12 有證據能力（本院877卷第100頁），本院審酌各該傳聞證據
13 作成時之情況，認均與本件待證事實具有關聯性，且查無證
14 據足以證明言詞陳述之傳聞證據部分，陳述人有受外在干
15 擾、不法取供或違反其自由意志而陳述之情形；書面陳述之
16 傳聞證據部分，亦無遭變造或偽造之情事，衡酌各該傳聞證
17 據，作為本案之證據亦屬適當，自均得為證據，而有證據能
18 力。

19 二、訊據被告甲○○坦承事實二之犯行，否認事實一之犯行，辯
20 稱：否認有引誘之犯行，我是拍到一半的時候，講如果拍攝
21 更大尺度照片，可以賣得更好的價錢，但只有拍到我的生殖
22 器及A女足部畫面，沒有拍到A女生殖器等語。經查：

23 (一)本件於111年8月30日上午10時，經警至被告高雄市○○區○
24 ○路000巷00號3樓租屋處實施搜索，當場扣得被告所有如附
25 表編號1、2-1、4所示之物等情。業據被告於警詢中自承在
26 卷（本院878號案件之警卷第5頁），復有搜索扣押筆錄、扣
27 押物品目錄表可參（本院877號案件之偵卷第31頁以下）。
28 故此部分之事實，應堪認定。

29 (二)事實二部分：

30 此部分之事實，業據被告於本院審理中坦白承認（本院877
31 卷第137頁），並經證人甲女於警詢及原審審理中證述在卷

01 (本院878號案件之警卷第12頁以下；原審277號卷第42頁以
02 下)，復有蒐證照片及影片可參（置於本院878號案件之偵
03 卷彌封袋內。完整照片及影片儲存於光碟內）。因被告自白
04 核與事實相符，故被告此部分之犯行，應堪認定。

05 (三)事實一部分：

06 ①被告自稱「達叔」於111年4月9日，透過臉書社群網站，與
07 當時12歲以上未滿18歲之A女聯絡時，先與A女相約拍攝「戀
08 足」主題之照片，且約定將該照片放置付費平台後對分獲
09 利。嗣被告於111年5月1日14時30分許，騎乘車牌號碼000-0
10 00號普通重型機車，在高雄市信義國小捷運站將A女接上
11 車，載往其高雄市○○區○○路000巷00號3樓租屋處內，由
12 其使用所有扣案如附表編號2-1所示之數位相機（含記憶卡1
13 張），接續拍攝A女穿著裸露服裝之猥褻照片後，向A女稱：
14 如拍攝更大尺度裸露照片，可以賣得更好之價錢等語，A女
15 同意由其接續拍攝A女以足部磨蹭其生殖器，及雙方性器接
16 合之性交、猥褻照片及影片。之後被告於111年8月30日前某
17 時，使用所有扣案如附表編號1所示之電腦設備，將其拍攝
18 之A女部分猥褻照片上傳散布至「LIMER」、「Furuke」等平
19 台，供不特定買家付費下載觀看等事實。業據被告於本院準
20 備及審判程序中自承在卷（本院877卷第101頁、第137頁、
21 第147頁、第148頁），並經證人A女於警詢中陳述在卷（本
22 院877號案件之偵卷第48頁以下），復有蒐證照片、被告與A
23 女之通訊軟體對話紀錄可參（置於本院877號案件之外放彌
24 封袋內）。故此部分之事實，堪以認定。

25 ②此部分拍攝過程中，被告曾向A女稱：如拍攝更大尺度裸露
26 照片，可以賣得更好之價錢等語之事實，業經本院認定如
27 前。又關於被告陳述上開話語之過程。A女於警詢中陳稱：
28 當天我們先閒聊幾句，被告拿了好幾套衣服給我試穿，因為
29 那些都是大尺度（比較裸露）的衣服，我不願意試穿，跟我
30 們當初約定的拍攝內容（以足部為主題）都不一樣，被告承
31 諾因為我是第一次拍攝，又未成年，所以不會讓我穿太大尺

度的衣服拍攝，但是他提供的衣服的裸露程度我不能接受。拍了一段時間後，被告以可賣到更好的價錢為由，說服我拍更大尺度（裸露）照片，內容是被告下體呈現勃起狀態，將生殖器放置在我的足部擺拍。過了一段時間，他就以要拍攝成影片為由，要求我用足部去磨蹭他的生殖器官，拍成影片。之後，被告要求我配合以其他角度拍攝照片，吸引更多客群來付費觀看，我變成躺在床上抬高我的腳，被告由上往下拍，刻意對焦在我的生殖器部位。被告提出想要拍攝更大尺度（裸露），被告架設腳架，將相機安裝好，被告跪坐到床上，打開我的大腿，將他的生殖器碰觸到我的生殖器，強調只是擺拍不會真的發生性行為。拍攝幾次之後，被告將相機轉為影片拍攝模式後，將生殖器插入我的生殖器內，並且有抽插的動作。被告沒有使用暴力脅迫手段逼迫我，但一直以拍攝尺度更大的照片，可以吸引更多人來買，來誘使我配合他拍照及拍攝影片。被告一直以拍攝尺度更大，會有更多人買，我才能賺到更多錢來誘使我配合等語（本院877號案件之偵卷第49頁、第50頁、第51頁、第55頁、第57頁）。

- ③由於被告自稱「達叔」於111年4月9日，透過臉書社群網站，與A女聯絡時，係接續向A女表示：「．．看到你發腿腿的貼文，不知道你有沒有興趣拍攝足控寫真？」、「這個寫真是拍了模特也有錢拿」、「會上架到寫真平台」、「沒事第一次尺度應該不會那麼大」等語之事實，有被告與A女之通訊軟體對話紀錄可參（置於本院877號案件之外放彌封袋內）。可知被告原係以拍攝足控寫真，上架至寫真平台後，A女可收取費用為由，邀約A女拍攝足部。惟觀之被告拍攝之範圍，及於A女著裸露服裝；A女以足部磨蹭被告生殖器；雙方性器接合之性交、猥褻照片及影片。因拍攝尺度顯大於被告與A女原先約定之足控寫真範圍，衡情A女應會有所質疑或疑惑，被告對於A女之質疑或疑惑，應會有所說明或回應。故被告對A女表示：如拍攝更大尺度裸露照片，可以賣得更

01 好之價錢等語，應係為說服A女同意由其拍攝原先約定足控
02 寫真以外之照片、影像範圍。由於被告最終仍可對A女拍攝
03 原先約定足控寫真以外之照片、影像，堪認A女於被告陳述
04 上開話語後，經由被告之勸誘、說服，決定同意拍攝原先約
05 定範圍以外之照片、影像。因此，A女前開警詢中關於被告
06 一直以拍攝尺度更大，會有更多人買，才能賺到更多錢來誘
07 使其配合等陳述，應可採信。

08 ④112年2月15日修正前之兒童及少年性剝削防制條例第36條第
09 2項之罪，所謂「引誘」，係指勸導或誘惑原無意被拍攝性
10 交、猥褻行為之電子訊號等之少年，使其產生被拍攝之意
11 思。換言之，此所謂「引誘」乃指為使他人產生實行某種行
12 為之決意，而予勸誘、刺激，或他人已有某種行為之決意，
13 而予慫恿、鼓勵之行為。由於被告與A女原先約定拍攝之範
14 圍為足控寫真，但經由被告以前開話語勸誘，A女被被告說
15 服，進而決定同意拍攝原先約定範圍以外之照片、影像，應
16 符合引誘之要件。且觀之被告前開話語含有可以賣得更好價
17 錢之涵義，被告應有意圖營利之意思。

18 ⑤觀之前開A女於警詢中之陳述，被告係分別以可賣到更好的
19 價錢；吸引更多客群來付費觀看為由，說服A女拍更大尺度
20 （裸露）照片，拍攝範圍包含被告下體呈現勃起狀態，將生
21 殖器放置在A女的足部擺拍；A女以足部磨蹭被告生殖器官；
22 A女生殖器部位；被告以其生殖器碰觸到A女生殖器；被告將
23 生殖器插入A女生殖器內，並且抽插等內容，已包含A女之性
24 器官、性特徵及本案所涉及之性交、猥褻照片及影片等內
25 容。並非僅限於被告下體呈現勃起狀態，將生殖器放置在A
26 女的足部擺拍之範圍。且被告係以上開話語作為理由，接續
27 拍攝前開性交、猥褻照片及影片，時間緊密接續，應有直接
28 關聯性。因此，被告及其辯護人關於此部分之答辯或辯護，
29 均無法為被告有利之認定。

30 (四)綜上，本件事證明確，被告事實一、二所示犯行，均堪以認
31 定。

01 三、論罪部分：

02 (一)新舊法比較部分：

03 ①被告行為後，於112年2月8日增訂公布刑法第10條第8項，於
04 同月10日起生效，該項增訂：「稱性影像者，謂內容有下列
05 各款之一之影像或電磁紀錄：一、第五項第一款或第二款之
06 行為。二、性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部
07 位。三、以身體或器物接觸前款部位，而客觀上足以引起性
08 慾或羞恥之行為。四、其他與性相關而客觀上足以引起性慾
09 或羞恥之行為。」考其立法理由，係為明確規範性影像之定
10 義而增訂，僅為定義性之說明，對被告所拍攝本案之「性
11 交、猥褻行為電子訊號」，修正後即為「性影像」，並無有
12 利或不利之情形，非法律變更。

13 ②兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定部分：

14 被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第2條第1項第3
15 款、第36條第1項規定於112年2月15日修正公布施行，於同
16 月17日起生效，及於113年8月7日修正公布，於同月9日起生
17 效。(1)兒童及少年性剝削防制條例第2條第1項第3款原規
18 定：「本條例所稱兒童或少年性剝削，係指下列行為之
19 一：．．三、拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為之圖
20 畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品。」於
21 112年2月15日修正為「本條例所稱兒童或少年性剝削，指下
22 列行為之一者：．．三、拍攝、製造、散布、播送、交付、
23 公然陳列或販賣兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足
24 以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品。」復於113年8
25 月7日再修正為「拍攝、製造、重製、持有、散布、播送、
26 交付、公然陳列、販賣或支付對價觀覽兒童或少年之性影
27 像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或
28 其他物品。」此部分除係參考112年2月8日修正公布之刑法
29 第10條增定第8項「性影像」定義之文字修正外，再新增
30 「重製、持有、支付對價觀覽」之行為樣態。(2)又兒童及少
31 年性剝削防制條例第36條第1項原規定：「拍攝、製造兒童

或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣（下同）1百萬元以下罰金。」（行為時法）。於112年2月15日修正為「拍攝、製造兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科1百萬元以下罰金。」（中間時法）。該項復於113年8月7日再修正為「拍攝、製造、無故重製兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處1年以上七年以下有期徒刑，得併科10萬元以上1百萬元以下罰金。」（現行法）。經比較新舊法之規定，因中間時法之條文內容僅係將「性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品」配合刑法第10條第8項之修正為「性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品」；且未實質擴大犯罪構成要件之行為態樣，未提高或降低法定刑度。然而現行法除新增「無故重製」之行為態樣，並定明罰金下限為新臺幣10萬元，則以中間時法之規定有利於被告，本案應適用中間時法即112年2月15日修正之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定。

③兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項規定部分：

被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項規定於112年2月15日修正公布，於同月17日起生效，及於113年8月7日修正公布，於同月9日起生效。兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項原規定：「招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，處3年以上7年以下有期徒刑，得併科3百萬元以下罰金。」

（行為時法）。於112年2月15日修正為「招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之

圖畫、語音或其他物品，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科3百萬元以下罰金。」（中間時法）。該項復於113年8月7日再修正為「招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝、自行拍攝、製造、無故重製性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科3百萬元以下罰金。」（現行法）。經比較新舊法之規定，以行為時法之規定有利於被告，本案應適用行為時法即112年2月15日修正前之兒童及少年性剝削防制條例第36條第2項規定。

④兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項規定部分：

被告行為後，兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項規定於112年2月15日修正公布，於同月17日起生效。兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項原規定：「散布、播送或販賣兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處3年以下有期徒刑，得併科五百萬元以下罰金。」（行為時法）。於112年2月15日修正為「散布、播送、交付、公然陳列或以他法供人觀覽、聽聞兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科5百萬元以下罰金。」（現行法）。經比較新舊法之規定，以行為時法之規定有利於被告，本案應適用行為時法即112年2月15日修正前之兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項規定。

(二)電子訊號可分為數位訊號及類比訊號，如行為人以行動電話或電子數位機器對他人所拍攝之裸照、影片等，係利用影像感應功能，將物體所反射的光轉換為數位訊號，壓縮後儲存於內建的記憶體或是記憶卡上，再透過電子視覺化顯示器，讓電子訊號可以被視覺化在顯示器上輸出，在無證據證明該等數位訊號業已經過沖洗或壓製之過程而成為實體之物品（如錄影帶、光碟、相紙等），該行為人所拍攝或製造者，

應僅屬於「電子訊號」。是以數位裝置所拍攝之影像數位訊號，未將之轉換為錄影帶、光碟、相紙等藉由機器或媒介實體展示視覺影像之實物者，則屬電子訊號。事實一部分，被告拍攝之內容，包含裸露服裝，A女以足部磨蹭被告生殖器，及雙方性器接合之照片及影片，應已符合性交、猥褻行為之電子訊號或性影像要件。事實二部分，被告拍攝之內容，包含裸露服裝、借位性交、甲女裸露下體、甲女以手摩擦被告生殖器、甲女口交、被告擺拍口交、雙方性器摩擦之照片或影片，應已符合性影像之要件。

(三)犯罪行為始於著手，故行為人於著手之際具有何種犯罪故意，原則上應負該種犯罪故意之責任，惟行為人若在著手實行犯罪行為繼續中轉化（或變更）其犯意（即犯意之升高或降低）而繼續實行犯罪行為，致其犯意轉化前後二階段所為，分別該當於不同構成要件之罪名，而發生此罪與彼罪之轉化，除另行起意者，應併合論罪外，若有轉化（或變更）為其他犯意而應被評價為一罪者，自應依吸收之法理，視其究屬犯意升高或降低而定其故意責任，犯意升高者，從新犯意，犯意降低者，從舊犯意（最高法院106年度台上字第824號判決意旨參照）。事實一部分，被告與A女原先約定拍攝之範圍為足控寫真，但經由被告引誘，A女決定同意拍攝原先約定範圍以外之照片、影像。觀察被告整體行為歷程，被告意圖營利拍攝少年性影像行為後，再從該行為進階至意圖營利引誘使少年被拍攝猥褻、性交行為電子訊號，因時間尚屬接近，且所處場所為同一空間，被告當時應屬轉化提升其犯意，亦即從意圖營利拍攝少年性影像犯意提升為意圖營利引誘使少年被拍攝猥褻、性交行為電子訊號犯意，尚非另行起意，則就其轉化犯意前後之行為，應整體評價為一個意圖營利引誘使少年被拍攝猥褻、性交行為電子訊號罪，而論以一罪。

(四)事實一部分，核被告所為，係犯112年2月15日修正前兒童及少年性剝削防制條例第36條第4項、第2項意圖營利引誘使少

01 年被拍攝性交行為之電子訊號罪、修正前兒童及少年性剝削
02 防制條例第38條第1項之散布少年為猥褻行為電子訊號罪。
03 檢察官認為意圖營利引誘使少年被拍攝性交行為之電子訊號
04 罪部分，被告應係犯112年2月15日修正之兒童及少年性剝削
05 防制條例第36條第4項、第1項之意圖營利拍攝少年之性影像
06 罪，容有誤會，惟起訴基本事實同一，起訴法條應予變更。
07 事實二部分，核被告所為，係犯112年2月15日修正之兒童及
08 少年性剝削防制條例第36條第1項之拍攝少年之性影像罪。
09 事實欄一部分，被告多次引誘A女拍攝本案電子訊號、多次
10 上傳本案照片供不特定多數人觀覽；事實二部分，被告多次
11 拍攝甲女本案性影像，各係於密接之時間、地點實施，以相
12 同手法侵害相同法益，各行為之獨立性極為薄弱，主觀上亦
13 各係出於同一犯意，依一般社會健全觀念，應視為數個舉動
14 之接續施行，合為包括之一行為予以評價為當，故均應論以
15 接續犯，應各論以一罪，其中意圖營利引誘使少年被拍攝猥
16 褻、性交行為電子訊號部分，應論以意圖營利引誘使少年被
17 拍攝性交行為電子訊號罪。事實一部分，被告係基於販賣本
18 案電子訊號牟利之目的而為上開犯行，其犯罪目的同一，具
19 有局部同一性，依一般社會通念應評價為一行為，而屬一行
20 為而同時觸犯數罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條規
21 定，從一重論以112年2月15日修正前兒童及少年性剝削防制
22 條例第36條第4項、第2項之意圖營利引誘使少年被拍攝性交
23 行為之電子訊號罪，並應依112年2月15日修正前同條第4項
24 之規定，加重其刑。事實一、二部分，被告犯意各別，行為
25 互殊，應分論併罰之。另刑法第235條第1項之散布猥褻物品
26 罪係以「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像
27 或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者」為
28 其要件，兩者之差異僅在修正前兒童及少年性剝削防制條例
29 第38條第1項規定之客體係「兒童或少年為性交、猥褻行
30 為」之物品，而刑法第235條第1項之客體則係所有之「猥
31 褻」物品，故修正前兒童及少年性剝削防制條例第38條第1

01 項實係對兒少性交、猥褻等類之特種猥褻物品所為之加重規
02 範，其要件完全包涵於刑法第235 條第1 項之要件中，自屬
03 刑法第235條第1項之特別規定，而應法條競合論以修正前兒
04 童及少年性剝削防制條例第38條第1 項之罪，即無另論刑法
05 第235條第1項之必要，附此敘明。

06 (五)自首部分：

07 被告於111年8月31日針對事實一部分製作警詢筆錄，當警察
08 詢問被告除A女外，是否尚有對何人假借外拍、引誘至性侵
09 得逞時，被告坦承於111年4月30日曾拍攝一位網友並發生性
10 行為，對方年約16歲，高雄人，讀五專等語之事實，有該警
11 詢筆錄可參（置於本院877號案件之外放彌封袋內）。由於
12 被告於該日警詢中所坦承之事實，核與本件事實二所示之事
13 實相符；且被告係於有偵查犯罪權限之人發覺其涉犯事實二
14 犯行之前，主動供出事實二犯行，而願接受裁判，堪認符合
15 自首之要件，爰斟酌被告此部分犯行之犯罪情狀，依刑法第
16 62條前段規定，減輕其刑。

17 (六)刑法第59條部分：

18 事實一部分，被告犯意圖營利引誘使少年被拍攝性交行為之
19 電子訊號罪，其法定刑不可謂不重，惟犯該罪之人，其原因
20 動機及與被害人之關係不一，犯罪情節未必盡相同，其行為
21 所造成之危害程度自屬有異，於此情形，倘依其情狀處以適
22 當之刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目的者，自非不可
23 依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀是否有可憫
24 恕之處，適用刑法第59條之規定酌減其刑，期使個案裁判之
25 量刑能斟酌至當，符合比例原則。審酌被告坦承此部分犯
26 行，獲利不多，並表示有調解意願，惟因A女無調解意願，
27 而未能成立調解，尚可見其悔意，並考量被告除以上開話語
28 引誘A女外，客觀上並無恐嚇、威脅或其他違反告訴人意願
29 之行為，手段尚屬平和，認被告所犯之罪經分則加重後，猶
30 嫌過重，其犯罪之情狀顯可憫恕，爰依刑法第59條規定，酌
31 量減輕其刑，並先加而後減。至於事實二部分，被告依刑法

第62條前段規定減輕其刑後，應無情輕法重之情事，故不再依刑法第59條規定酌減其刑。

四、撤銷原審判決之理由：

原審據以論處被告罪刑，固非無見。惟查：(一)事實一部分，被告係從意圖營利拍攝少年性影像犯意，提升為意圖營利引誘使少年被拍攝猥褻、性交行為電子訊號犯意，原審就此部分未予論述，尚有未洽。(二)事實二部分，原審漏未說明被告符合自首要件，且依刑法第59條規定減刑，亦有未洽。另此部分新舊法比較後，被告應適用中間時法即112年2月15日修正之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定，但原審適用行為時法即112年2月15日修正前之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項規定，同有未洽。(三)沒收部分。①附表編號1所示之電腦設備部分，被告係以該電腦設備上傳散布事實一猥褻行為電子訊號，並未以該電腦設備作為拍攝事實二少年性影像，原審未於事實一罪名項下沒收該電腦設備，卻於事實二罪名項下沒收該電腦設備。②附表編號2-1所示之相機（含記憶卡）部分，被告係以該設備拍攝事實二少年性影像，原審未於事實二罪名項下沒收該電腦設備。③附表編號3-1所示之硬碟部分，應不予宣告沒收（詳後述），原審於事實一罪名項下沒收該設備。④附表編號4所示之行動電話部分，被告應係以該設備聯繫A女、甲女拍攝性影像或電子訊號，原審未於事實一、二罪名項下沒收該設備。⑤事實一部分，被告犯罪所得應為2,300元，原審卻沒收犯罪所得4,400元。均有未洽。被告以：事實一部分，被告僅意圖營利拍攝少年性影像，並未意圖營利引誘使少年被拍攝猥褻、性交行為電子訊號；事實二部分，原審量刑過重為由，提起上訴，指摘原判決不當，其中事實二部分為有理由，其餘為無理由，且原判決亦有前開其他可議之處，自應由本院將原判決均撤銷改判。爰審酌被告明知A女、甲女為少年，心智發育尚未完全健全，對於性行為或性自主觀念缺乏完全自主判斷能力，仍意圖營利引誘A女被拍攝為性交行為之電

子訊號，並將拍攝之猥褻電子訊號上傳於網際網路，供不特定多數人共見共聞，又拍攝甲女性影像，對於A女、甲女之身心健康與人格發展均有不良影響，忽視法律保護未成年人身心健全發展之意旨，行為實有可議。惟念及被告犯後坦承事實一之客觀事實、坦承事實二犯行。且其中A女部分，被告雖有與A女試行調解之意願，然因A女無意願，而未能成立調解；其中甲女部分，被告已與甲女成立調解，並已依約給付完畢之事實，有調解筆錄及匯款回條可參（原審277卷第91頁、第99頁）。並考量被告除以上開話語引誘A女外，未見有何強暴、脅迫或其他違反A女、甲女意願之方式，手段尚屬平和，及本案性影像、電子訊號之數量與內容、散布方式、所生損害。再兼衡被告於本院審理中自陳：大學畢業，已考上驗光師，現於家中眼鏡行幫忙，父親每月給予1萬元零用金，未婚，與父母同住，無需扶養親屬等語（本院877卷第150頁）；並參以被告提出之學位證書、驗光人員考試及格通知、診斷證明書、用藥紀錄及處方等資料；暨其如臺灣高等法院被告前案紀錄表所載之前科素行等一切情狀，分別量處如主文第2項所示之刑。再就被告本件所犯2罪，審酌被害人為2人，犯罪時間相近，及整體犯罪非難評價等總體情狀，定其應執行刑如主文第2項所示。

五、沒收部分：

（一）犯罪所得部分：

事實一部分，被告係與A女約定將猥褻照片放置付費平台後，平分獲利之事實，業經本院認定如前。因被告犯後係將2,300元匯予A女，故參酌前開平分獲利之約定，被告此部分之犯罪所得應為2,300元，應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定宣告沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

（二）扣案附表編號1所示之電腦設備部分：

被告係以該電腦設備上傳散布事實一猥褻行為電子訊號等情，業據被告於本院審理中自承在卷（本院877卷第148

頁），且為被告所有，應依刑法第38條第2項前段，宣告沒收之。

(三)扣案附表編號2-1所示之相機（含記憶卡）部分：

被告係以該設備拍攝事實一、二之電子訊號、性影像等情，業據被告於本院審理中自承在卷（本院877卷第147頁、第148頁），且為被告所有，應依兒童及少年性剝削防制條例第36條第7項前段規定，宣告沒收之。

(四)扣案附表編號2-2所示之相機（含鏡頭3個）部分：

此部分未用於本件犯罪等情，業據被告於本院審理中陳述在卷（本院877卷第147頁、第148頁），爰不宣告沒收之。

(五)扣案附表編號3-1、3-2所示之隨身硬碟部分：

此部分並無證據用於本件拍攝或散布，爰不宣告沒收之。

(六)扣案附表編號4所示之行動電話部分：

被告應係以該設備聯繫A女、甲女拍攝性影像或電子訊號，且為被告所有，應依刑法第38條第2項前段，宣告沒收之。

(七)由於被告已清空相關性影像或電子訊號（詳被告111年8月30日警詢筆錄，置於本院877號案件之外放彌封袋內）：且彌封卷所附之性影像等相關擷圖，係警方為蒐證及調查本案之目的，自行列印及拷貝供作本案證據使用，乃偵查中所衍生之物，非屬依法應予沒收之物，自毋庸宣告沒收之。

據上論結，應依刑事訴訟法第300條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官陳建烈提起公訴，檢察官李靜文到庭執行職務。

中 華 民 國 114 年 3 月 5 日

刑事第三庭 審判長法官 吳進寶

法官 莊鎮遠

法官 方百正

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

附表：

編號	扣案物名稱、數量	沒收與否
1	桌上型電腦（含主機、銀幕、鍵盤、滑鼠）1台	刑法第38條第2項前段，沒收之。
2-1	SONY相機（型號A6500）1台（含記憶卡1張）	依兒童及少年性剝削防制條例第36條第7項前段，沒收之。
2-2	SONY相機（含3個鏡頭）	不予沒收。
3-1	隨身硬碟1個（圓形）	不予沒收。
3-2	隨身硬碟1個	不予沒收。
4	手機1支(IMEI：0000000000000000、門號000000000000)	刑法第38條第2項前段，沒收之。

附錄本判決論罪科刑所依據之法條：

112年2月15日修正之兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項
 拍攝、製造兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性
 慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處1年以上7年以下有期徒
 刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。

112年2月15日修正前之兒童及少年性剝削防制條例第36條第2
 項、第4項

招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍
 攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電
 子訊號或其他物品，處3年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣
 3百萬元以下罰金。

意圖營利犯前3項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至2分之
 1。

修正前兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項

散布、播送或販賣兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫、照片、
 影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，或公然陳列，或以他
 法供人觀覽、聽聞者，處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣5百萬
 元以下罰金。